

**INSTITUTO DE ESTUDOS SUPERIORES MILITARES
CURSO DE PROMOÇÃO A OFICIAL SUPERIOR DA FORÇA AÉREA**

2012/2013



TII

**O NOVO REGIME JURÍDICO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA NOS
DOMÍNIOS DA DEFESA E DA SEGURANÇA**

**O TEXTO CORRESPONDE A TRABALHO FEITO DURANTE A
FREQUÊNCIA DO CURSO NO IESM SENDO DA RESPONSABILIDADE DO
SEU AUTOR, NÃO CONSTITUINDO ASSIM DOUTRINA OFICIAL DA
FORÇA AÉREA PORTUGUESA.**



INSTITUTO DE ESTUDOS SUPERIORES MILITARES

**O NOVO REGIME JURÍDICO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA
NOS DOMÍNIOS DA DEFESA E DA SEGURANÇA**

CAP/JUR Alexandre Miguel Fazendas Borges Leite

Trabalho de Investigação Individual do CPOS FA 12/13

Pedrouços 2013



INSTITUTO DE ESTUDOS SUPERIORES MILITARES

O NOVO REGIME JURÍDICO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA NOS DOMÍNIOS DA DEFESA E DA SEGURANÇA

CAP/JUR Alexandre Miguel Fazendas Borges Leite

Trabalho de Investigação Individual do CPOS FA 12/13

Orientador: TCOR/ENGEL Armando Carlos Marcos Correia de Barros

Pedrouços 2013



Agradecimentos

A nível pessoal:

A Deus: obrigado por existires na minha vida!

À minha mulher Mónica: Amor, obrigado por tudo!

Aos meus filhos Sara e Miguel: vocês são uma bênção.

Aos meus pais e à minha irmã: obrigado pelo vosso auxílio.

A nível profissional:

Ao Coronel Teodorico Lopes, meu diretor de curso, obrigado pelo apoio dado nos momentos mais difíceis.

Ao Tenente-Coronel Armando Barros, meu orientador, obrigado pelos preciosos conselhos e indicações que ajudaram a melhorar este trabalho.

Ao Coronel Fernando Frazão, ao Major Nuno Costa, à Mestre Fátima Diogo e à Dr.^a Helena Leitão, obrigado pela ajuda, disponibilidade e partilha de conhecimentos fundamentais ao desenvolvimento desta investigação.

Aos Oficiais Alunos do Curso obrigado pela camaradagem.

A todos aqui fica o meu agradecimento.



Índice

| | |
|--|----|
| Introdução | 1 |
| 1. Contextualização da contratação pública no setor da defesa no âmbito europeu..... | 4 |
| a. Do início do projeto europeu ao livro verde dos contratos públicos da defesa..... | 5 |
| b. O código de conduta da Agência Europeia de Defesa | 7 |
| c. A comunicação interpretativa da Comissão Europeia..... | 8 |
| 2. A contratação pública no setor da defesa no ordenamento jurídico nacional | 10 |
| a. Dos procedimentos <i>ad hoc</i> ao Decreto-Lei n.º 33/99, de 5 de fevereiro..... | 10 |
| b. O novo regime jurídico aprovado pelo Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro .. | 11 |
| 3. A exceção do artigo 346.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia..... | 13 |
| a. Os interesses essenciais de segurança dos Estados-Membros..... | 14 |
| b. Os produtos incluídos na lista do Conselho, de 15 de abril de 1958..... | 18 |
| Conclusões | 23 |
| Bibliografia | 27 |
| Glossário | 36 |

Índice de Anexos

| | |
|--|-----|
| Anexo A – Procedimento metodológico (fases e etapas) | A-1 |
| Anexo B – Quadro Conceptual | B-1 |
| Anexo C – Fluxograma relativo à aplicação do artigo 346.º do TFUE | C-1 |
| Anexo D – Lista fixada pela Decisão do Conselho n.º 255/58, de 15 de abril | D-1 |



Resumo

No dia 1 de janeiro de 2012 entrou em vigor o novo regime jurídico da contratação pública nos domínios da defesa e da segurança, através do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro.

O presente trabalho pretendeu averiguar se este regime jurídico deve ser aplicável nas situações em que coloca em causa os interesses essenciais de segurança do Estado Português tendo em atenção o disposto no artigo 346.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Esta disposição do Tratado prevê que qualquer Estado-Membro pode tomar as medidas que considere necessárias para proteger os seus interesses essenciais de segurança e que estejam relacionadas com a produção ou o comércio de armas, munições e material de guerra.

Em consequência, foi investigado em que circunstâncias o Estado Português pode invocar o artigo 346.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia para não aplicar o regime jurídico da contratação pública nos domínios da defesa e da segurança.

Seguindo a metodologia de investigação em ciências sociais proposta por Raymond Quivy e Luc Van Campenhoudt definimos uma pergunta de partida, duas perguntas derivadas desta e três hipóteses de trabalho.

Na verificação das hipóteses recorreremos à análise da legislação aplicável, da jurisprudência pertinente e dos estudos doutrinários efetuados neste âmbito.

A investigação permitiu concluir que o Estado Português para eximir-se à aplicação do regime jurídico da contratação pública nos domínios da defesa e da segurança tem de especificar o interesse essencial de segurança que pretende salvaguardar, bem como, demonstrar o nexo de causalidade existente entre esse interesse e a decisão de contratar. Tem ainda de justificar o porquê da não aplicação daquele regime jurídico para proteção desse interesse.

Esta investigação revelou também que o Estado Português pode tomar as medidas que considere necessárias à proteção dos interesses essenciais da sua segurança e que estejam relacionadas com a produção ou o comércio de armas, munições e material de guerra por referência à lista fixada pela Decisão do Conselho n.º 255/58, de 15 de abril. Permitiu ainda determinar que, no âmbito desta exceção, os produtos incluídos na lista são apenas os referentes a material militar e não os referentes a material de duplo uso.



Abstract

On January 1, 2012 came into force the new legal framework for public procurement in the fields of defense and security, through Decree-Law n.º 104/2011, of 6 October.

This paper aims to investigate whether this legal regime should apply in situations that endanger the essential security interests of the Portuguese State considering the provisions of article 346.º of the Treaty on the Functioning of the European Union. This provision of the Treaty mentions that any Member State may take such measures as it considers necessary for the protection of the essential interests of its security which are connected with the production or trade in arms, munitions and war material.

Therefore we investigated the circumstances under which the Portuguese State may invoke article 346.º of the Treaty on the Functioning of the European Union to evade the application of this legal regime.

Following the methodology of social science research proposed by Raymond Quivy and Luc Van Campenhoudt were defined a starting question, two derivative questions and three hypotheses.

To confirm the hypotheses we analyzed the applicable legislation, the relevant case law and doctrinal studies conducted in this area.

The investigation concluded that if the Portuguese State want to evade the application of the legal regime of public procurement in the fields of defense and security has to specify the essential interests of security that want to protect as well as demonstrate the causal link between those essential interests and the decision to contract. Also, as to justify why is not possible the application of the legal regime to protect that interest.

This investigation also revealed that the Portuguese State may take such measures as it considers necessary for the protection of the essential interests of its security which are connected with the production or trade in arms, munitions and war material by reference to the list established by Council Decision n.º 255/58, of 15 April. Finally, we conclude that, under this exception, the products included in the list are only those related to military equipment and not those related to dual-use material.



Palavras-chave

Código dos Contratos Públicos, Contratação Pública, Defesa, Direito Administrativo, Direito Comunitário, Estado-Membro, Interesse Essencial de Segurança, Material de Duplo Uso, Material Militar, Mercado Interno, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, Tribunal de Justiça da União Europeia.



Lista de Abreviaturas

| | |
|-------|--|
| CCP | - Código dos Contratos Públicos |
| CE | - Comissão Europeia |
| COCOM | - <i>Coordinating Committee for Multilateral Export Controls</i> |
| EDA | - Agência Europeia de Defesa |
| EEE | - Espaço Económico Europeu |
| EFTA | - <i>European Free Trade Association</i> |
| FFAA | - Forças Armadas |
| GAEO | - Grupo de Armamento da Europa Ocidental |
| GPA | - <i>Agreement on Government Procurement</i> |
| MDN | - Ministério da Defesa Nacional |
| OCCAR | - Organização Conjunta de Cooperação em Matéria de Armamento |
| OMC | - Organização Mundial do Comércio |
| PESC | - Política Externa e de Segurança Comum |
| PESD | - Política Europeia de Segurança e Defesa |
| TFUE | - Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia |
| TJUE | - Tribunal de Justiça da União Europeia |
| UE | - União Europeia |



Introdução

A aprovação do Código dos Contratos Públicos¹ (CCP) constituiu um acontecimento marcante no âmbito do Direito Administrativo nacional, introduzindo uma profunda reforma no regime da contratação pública em Portugal.

Este diploma procedeu à revogação de inúmera legislação relevante nesta matéria², tendo, no entanto, deixado em vigor o Decreto-Lei n.º 33/99, de 5 de fevereiro, que estabelecia o regime jurídico das aquisições no domínio de defesa.

De facto, só no dia 1 de janeiro de 2012, entrou em vigor o novo regime jurídico da contratação pública nos domínios da defesa e da segurança³. Em face destas alterações recentes, consideramos pertinente e oportuno tentar acrescentar novos conhecimentos nesta área tão específica do saber.

De referir que, com este novo regime, deixou de ser possível associar contrapartidas a contratos de aquisição de material de defesa, tendo sido, em consequência, revogado o regime jurídico das contrapartidas⁴. Deste modo, esta matéria não será alvo de investigação.

Assim, constitui objeto do presente trabalho analisar o novo regime jurídico da contratação pública nos domínios da defesa e da segurança, mais concretamente, a sua articulação com o disposto no artigo 346.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Esta norma do Tratado prevê que qualquer Estado-Membro possa tomar as medidas que considere necessárias para proteger os seus interesses essenciais de segurança e que estejam relacionadas com a produção ou o comércio de armas, munições e material de guerra.

¹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro.

² Da qual destacamos o Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, para as empreitadas de obras públicas e o Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, para a locação e aquisição de bens móveis e serviços, neste caso, mantendo em vigor apenas os artigos 16.º a 22.º e 29.º.

³ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro e retificado pela Declaração de Retificação n.º 33-A/2011, de 5 de dezembro. Revogou o Decreto-Lei n.º 33/99, de 5 de fevereiro, bem como, o regime jurídico das contrapartidas.

⁴ O Decreto-Lei n.º 105/2011, de 6 de outubro, veio revogar o Decreto-Lei n.º 154/2006, de 7 de agosto, que tinha aprovado o regime jurídico das contrapartidas e procedeu à aprovação de um regime transitório aplicável aos contratos de contrapartidas já celebrados, e em execução, entre o Estado Português e os vários fornecedores de material de defesa, cujos efeitos se extinguem com a cessação do último contrato.



Iremos, em consequência, averiguar as circunstâncias em que Estado Português pode invocar o artigo 346.º do TFUE para se eximir à aplicação do regime jurídico da contratação pública nos domínios da defesa e da segurança.

Isto porque, verificados os requisitos legalmente exigidos, os Estados-Membros podem recorrer a esta exceção às regras do mercado interno*⁵ que visam a livre circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais dentro da União Europeia⁶ (UE) e proíbem qualquer discriminação em função da nacionalidade⁷.

Neste trabalho é seguida a metodologia de investigação em ciências sociais proposta por Raymond Quivy e Luc Van Campenhoudt, cujas fases e etapas estão identificadas no Anexo A.

A aplicação desta metodologia permitiu formular a seguinte pergunta de partida:

Em que medida o regime jurídico da contratação pública no domínio da defesa deve ser aplicável se colocar em causa os interesses essenciais de segurança do Estado Português?

Desta pergunta de partida resultam as seguintes questões derivadas:

- **Pergunta derivada n.º 1** – *O Estado Português tem de justificar a não aplicação do regime jurídico da contratação pública no domínio da defesa com o fundamento na proteção do interesse essencial de segurança?*

- **Pergunta derivada n.º 2** – *Que tipos de produtos estão incluídos na lista a que se refere o n.º 2 do artigo 346.º do TFUE?*

Para encontrar as respostas a estas questões, formulámos as seguintes hipóteses:

- **Hipótese n.º 1** – *O Estado Português tem de justificar a não aplicação do regime jurídico da contratação pública no domínio da defesa com o fundamento na proteção do interesse essencial de segurança.*

- **Hipótese n.º 2** – *A lista de produtos a que se refere o n.º 2 do artigo 346.º do TFUE inclui material militar.*

- **Hipótese n.º 3** – *A lista de produtos a que se refere o n.º 2 do artigo 346.º do TFUE inclui material de duplo uso.*

Na verificação das hipóteses iremos recorrer à análise da legislação aplicável, da jurisprudência existente, bem como, dos estudos doutrinários relacionados com esta matéria, construindo assim, um modelo de análise, que apresentará um corpo conceptual, no qual são

⁵ Símbolo * indica que a definição pode ser consultada no glossário.

⁶ Ver artigo 26.º do TFUE.

⁷ Ver artigo 18.º do TFUE.



abordados os conceitos de interesse essencial de segurança*, de material militar* e de material de duplo uso* e que os estruturará através de dimensões e indicadores sendo disponibilizado no Anexo B. Em Anexo C, será ainda apresentado um fluxograma relativo à aplicação do artigo 346.º do TFUE.

Este trabalho está organizado em três capítulos. No primeiro capítulo, efetuaremos um enquadramento relativo à matéria da contratação pública no setor da defesa no âmbito europeu. No segundo capítulo, analisaremos os diplomas relevantes no ordenamento jurídico nacional. No terceiro e último capítulo, abordaremos a exceção prevista no artigo 346.º do TFUE. Neste capítulo testaremos as hipóteses e responderemos às perguntas elaboradas no decurso do presente estudo. Finalizaremos com as conclusões e eventuais recomendações.



1. Contextualização da contratação pública no setor da defesa no âmbito europeu

“A Europa não se fará de uma só vez, nem de acordo com um plano único. Far-se-á através de realizações concretas que criarão, antes de mais, uma solidariedade de facto.”

(Robert Schuman, 9 de maio de 1950)

Neste capítulo efetuaremos um enquadramento relativo à contratação pública no domínio da defesa, no âmbito da UE. A contextualização do leitor com esta matéria será efetuada através da alusão às principais iniciativas comunitárias, nomeadamente, o livro verde dos contratos públicos no setor da defesa, o código de conduta da Agência Europeia de Defesa (EDA) estabelecido neste âmbito e a comunicação interpretativa da Comissão Europeia sobre a aplicação do artigo 346.º do TFUE.

O n.º 1 do artigo 1.º do TFUE estipula que: *“O presente Tratado organiza o funcionamento da União e determina os domínios, a delimitação e as regras de exercício das suas competências.”*

O TFUE em vigor resulta das alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa, de 13 de dezembro de 2007, que substituiu, ainda, a designação de Tratado da Comunidade Europeia para Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia⁸. A aprovação inicial foi efetuada pelo Tratado de Roma, de 25 de março de 1957.

O artigo 346.º do TFUE estatui o seguinte:

“Artigo 346.º

(ex-artigo 296.º TCE)

1. As disposições dos Tratados não prejudicam a aplicação das seguintes regras:

a) Nenhum Estado-Membro é obrigado a fornecer informações cuja divulgação considere contrária aos interesses essenciais da sua própria segurança;

⁸ Portugal é Parte no Tratado de Lisboa, aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 19/2008 e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 31/2008, ambos publicados no Diário da República, de 19 de maio de 2008, tendo depositado o respetivo instrumento de ratificação, em 17 de junho de 2008.

O Tratado de Lisboa, de 13 de dezembro de 2007, entrou em vigor em 1 de dezembro de 2009, após conclusão do depósito dos instrumentos de ratificação por todos os países signatários.



b) Qualquer Estado-Membro pode tomar as medidas que considere necessárias à protecção dos interesses essenciais da sua segurança e que estejam relacionadas com a produção ou o comércio de armas, munições e material de guerra; tais medidas não devem alterar as condições de concorrência no mercado interno no que diz respeito aos produtos não destinados a fins especificamente militares.

2. O Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão, pode introduzir modificações nesta lista, que foi fixada em 15 de abril de 1958, dos produtos aos quais se aplicam as disposições da alínea b) do n.º 1.” (negrito e sublinhado nosso).

Esta norma consagra um mecanismo de salvaguarda para situações limite que se fundamenta nas prerrogativas de soberania dos Estados-Membros.

Este regime derogatório foi reconhecido desde a fundação da Comunidade para atender às especificidades do setor da defesa⁹. Deste modo, os Estados-Membros comprometeram-se à criação de um mercado interno europeu, com regras comuns, no entanto, estabeleceram logo *ab initio* que nenhuma obrigação do Tratado podia levá-los a fornecer informações que colocassem em causa os seus legítimos interesses essenciais de segurança.

Iremos de seguida abordar as principais iniciativas europeias neste âmbito.

a. Do início do projeto europeu ao livro verde dos contratos públicos da defesa

Dos esforços de divulgação do ideal europeu pelo conde Richard Von Coudenhove-Kalergi e do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, assinado em Paris, a 18 de abril de 1951, até aos nossos dias, muitos desenvolvimentos tiveram lugar.

Não obstante o evidente aprofundamento do projeto europeu, a área da defesa manteve-se sempre relativamente à margem deste processo funcionando como uma “última fronteira”. Apesar dos esforços contínuos de décadas, só nos últimos anos é que se começaram a fazer alguns progressos nesta matéria.

Em conformidade, foram feitos vários estudos relativos aos desafios inerentes à definição de uma estratégia independente para o setor da defesa. No entanto, o sinal de partida deu-se verdadeiramente com a comunicação da Comissão Europeia, de 11 de

⁹ Também o Tratado que estabelecia uma Constituição para a Europa continha uma disposição idêntica (artigo III-436.º).



março de 2003, sobre a necessidade de criação de um acervo normativo ao nível dos contratos públicos no setor da defesa, tendo como finalidade última a criação de um mercado europeu do equipamento de defesa (CE, 2003).

Assim, em 23 de setembro de 2004 a Comissão Europeia apresentou o livro verde relativo aos contratos públicos no setor da defesa (CE, 2004).

A primeira parte do livro verde consistia num diagnóstico da situação, caracterizando os contratos públicos no setor da defesa da seguinte forma: uma segmentação a nível nacional, uma especificidade face aos demais contratos públicos e um quadro jurídico de aplicação complexa (CE, 2004, pp. 4-9).

Relativamente à segmentação em mercados nacionais, o livro verde reconheceu que as reduções orçamentais e subsequentes reestruturações das Forças Armadas (FFAA) fizeram diminuir a procura nos mercados nacionais, pelo que a amortização dos elevados custos de investigação e desenvolvimento dos equipamentos militares deixou de ser viável, o que limita a competitividade da indústria de defesa europeia.

Relativamente à especificidade destes contratos, o livro verde enunciou as exigências acrescidas de segurança de abastecimento e de confidencialidade, bem como, a complexidade dos programas de aquisição de armamento.

No que se refere às limitações do quadro legal aplicável, o livro verde refere o regime derogatório previsto no artigo 346.º do TFUE.

Na falta de uma interpretação precisa, a prática generalizada consistia no recurso sistemático a esta exceção. Deste modo, alguns Estados-Membros interpretavam esta derrogação como um mecanismo automático no setor da defesa.

Acresce a isto que a noção de interesse essencial de segurança constitui um conceito indeterminado, não estando definido na legislação aplicável, o que dificulta a respetiva determinação.

Segundo a Comissão Europeia (2004, p. 8) estas limitações levaram ao estabelecimento de um acordo político intergovernamental, no seio do denominado Grupo de Armamento da Europa Ocidental (GAEO), no qual se definiram orientações em matéria de adjudicação em 1990, que foram objeto de atualização em 1999. Apesar deste esforço os resultados foram limitados, também em parte devido ao caráter legalmente não vinculativo deste instrumento.

Em 1996 foi criada a Organização Conjunta de Cooperação em Matéria de Armamento (OCCAR), visando a criação de um regime contratual mais concorrencial e



a alteração do conceito de contrapartida. Mais uma vez esta iniciativa revelou-se infrutífera (CE, 2004, p. 8).

Depois de feito o diagnóstico da situação na primeira parte do livro verde, na segunda parte foram identificadas as ações a tomar: a elaboração de um instrumento para clarificação do quadro legal e o estabelecimento de regras específicas no domínio da defesa.

Face às conclusões do livro verde a Comissão Europeia decidiu tomar duas iniciativas: efetuar uma comunicação interpretativa sobre a aplicação do artigo 346.º do TFUE (na altura artigo 296.º) e preparar uma diretiva específica para o setor da defesa.

Também o Parlamento Europeu expressou apoio público a esta abordagem dual, incentivando, em paralelo, o desenvolvimento de um código de conduta de cariz intergovernamental para a contratação pública no setor da defesa (CE, 2005, p. 8).

b. O código de conduta da Agência Europeia de Defesa

A 12 de julho de 2004 foi criada a EDA, sob autoridade do Conselho, cuja missão é desenvolver as capacidades de defesa no domínio da gestão de crises, promover e reforçar a cooperação europeia em matéria de armamentos, reforçar a base tecnológica e industrial de defesa europeia e criar um mercado europeu do equipamento de defesa competitivo¹⁰.

A criação desta Agência também teve como objetivo contribuir para a implementação da Política Externa e de Segurança Comum (PESC) e da Política Europeia de Segurança e Defesa (PESD).

Deste modo, os Ministros da Defesa dos Estados-Membros determinaram à EDA a criação de um código de conduta para promover a competitividade do mercado europeu do equipamento de defesa.

Em consequência, a 21 de novembro de 2005 foi aprovado, pelos Estados-Membros da UE participantes na EDA¹¹, o código de conduta no âmbito da contratação pública no setor da defesa (EDA, 2005).

Este código de conduta constitui um acordo intergovernamental, de cariz voluntário, cujo objetivo é aumentar a competitividade do mercado europeu do equipamento de defesa numa base de reciprocidade. Além disso, não é legalmente

¹⁰ Ver Ação Comum n.º 2004/551/PESC, do Conselho, de 12 de julho de 2004, relativa à criação da EDA.

¹¹ Todos com exceção da Dinamarca.



vinculativo, pelo que nenhuma sanção é aplicável no caso de incumprimento das obrigações assumidas.

Segundo a EDA (2005, p. 1) grande parte dos procedimentos de contratação pública no setor da defesa ocorre com fundamento no artigo 346.º do TFUE, logo, à margem das regras do mercado interno europeu.

Assim, os Estados-Membros participantes decidiram a abertura à concorrência de todos os procedimentos de montante igual ou superior a um milhão de euros, mesmo nas situações do artigo 346.º do TFUE, exceto para procedimentos relacionados com investigação e desenvolvimento, com armamento nuclear, biológico, químico e radiológico, bem como, com equipamento criptográfico (EDA, 2005, p. 1).

De referir ainda que os Estados-Membros reconheceram a possibilidade de excecionalmente se afastarem destas regras em situações de urgência operacional ou por razões de segurança nacional. Não obstante, nestes casos atípicos os Estados-Membros assumiram o compromisso de justificar a sua escolha junto desta Agência (EDA, 2005, pp. 1-2).

Acresce que, nos termos deste acordo, incumbe à EDA a tarefa de recolha e tratamento de toda a informação pertinente, sendo introduzido um sistema de comunicação obrigatório por parte dos Estados-Membros aquando da invocação do artigo 346.º do TFUE (EDA, 2005, p. 3).

c. A comunicação interpretativa da Comissão Europeia

A inexistência de uniformidade relativamente à interpretação dada ao artigo 346.º do TFUE, nomeadamente, quanto ao seu âmbito de aplicação era uma realidade. Este artigo estabelece uma exceção às regras comunitárias em matéria de concorrência e mercado interno, na medida em que, verificados os requisitos aí previstos, os Estados-Membros podiam derrogar as regras do mercado interno quando estivessem em causa os seus interesses essenciais de segurança.

A invocação da proteção destes interesses foi sendo efetuada numa ótica de soberania, dando origem a uma prática de décadas, de que o artigo em questão configurava uma cláusula automática de exceção, tendo os Estados-Membros total discricionariedade no âmbito dos contratos públicos no setor da defesa. Esta prática não espelhava a verdadeira estatuição deste artigo, sendo que quer a Comissão Europeia, quer a construção jurisprudencial do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)



foram aclarando consecutivamente o verdadeiro alcance desta exceção reduzindo consideravelmente a incerteza jurídica.

Em 7 de dezembro de 2006 a Comissão Europeia apresentou a comunicação interpretativa na qual refere que:

“O propósito da presente comunicação é evitar eventuais más interpretações e utilizações abusivas do artigo 296 do TCE no domínio dos contratos públicos no setor da defesa. Para o efeito, a Comissão exporá o seu ponto de vista sobre os princípios que regem a aplicação do artigo 296 e o entendimento que tem das condições de aplicabilidade da derrogação, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça. Ao Tribunal cabe a última palavra quanto à determinação do âmbito de aplicação do artigo 296 do TEC [TCE].” (Atual artigo 346.º do TFUE), (CE, 2006, p. 3).

A Comissão Europeia com esta comunicação interpretativa procurou indicar algumas pistas para a correta aplicação deste artigo, sem nunca colocar em causa a competência própria do TJUE relativamente à determinação jurisprudencial das condições em que esta exceção pode ser aplicada.

Este capítulo permitiu efetuar um enquadramento à matéria da contratação pública no domínio da defesa, no âmbito europeu. No próximo capítulo será analisada a contratação pública no setor da defesa no ordenamento jurídico nacional.



2. A contratação pública no setor da defesa no ordenamento jurídico nacional

No presente capítulo será efetuada uma exposição do regime jurídico da contratação pública no setor da defesa no ordenamento jurídico nacional.

a. Dos procedimentos *ad hoc* ao Decreto-Lei n.º 33/99, de 5 de fevereiro

Até 1999, e na ausência de regulamentação específica para a contratação pública no setor da defesa, as entidades adjudicantes respetivas procediam à criação de regimes casuísticos sempre que precisavam de adquirir bens e serviços neste domínio. As aquisições eram realizadas através dos chamados procedimentos *ad hoc*¹², isto é, procedimentos criados, caso a caso, para um fim específico.

Esta situação poderia levar a uma menor transparência no âmbito dos procedimentos seguidos, na medida em que as regras eram criadas caso a caso, sem que houvesse um regime pré-estabelecido no qual as entidades adjudicantes e os concorrentes se pudessem basear.

De facto, só com a publicação do Decreto-Lei n.º 33/99, de 5 de fevereiro, que veio estabelecer o regime jurídico relativo à celebração dos contratos abrangidos pelo disposto no artigo 223.º, n.º 1, alínea b), do Tratado de Roma¹³, se definiram os tipos de procedimentos a adotar.

Assim, daí em diante, as entidades adjudicantes para adquirir estes bens e serviços apenas podiam escolher um dos procedimentos regulados pelo regime geral de realização de despesas públicas e contratação de bens e serviços¹⁴, ou o procedimento especial definido naquele diploma, a saber: o concurso com seleção de propostas para negociação.

A criação deste procedimento específico prendia-se com a elevada rigidez do procedimento de concurso público, que não admitia a negociação das propostas com os concorrentes. Além disso, esta negociação conferia uma maior flexibilidade para adquirir certos bens que pela sua natureza e pelos fins a que se destinavam tinham de se adaptar a determinadas exigências especiais das entidades adjudicantes.

¹² Locução latina que significa “para isso”.

¹³ Atual artigo 346.º, n.º 1, alínea b), do TFUE.

¹⁴ Ver Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho.



Outra inovação do Decreto-Lei n.º 33/99, de 5 de fevereiro, foi a previsão expressa da possibilidade de se escolher o procedimento de ajuste direto nos contratos declarados secretos, ou cuja execução devesse ser acompanhada de medidas especiais de segurança, ou quando a proteção dos interesses essenciais de segurança do Estado Português assim o exigisse, ou ainda em momentos de grave tensão internacional¹⁵.

A adoção deste procedimento de ajuste direto estava dependente de despacho conjunto do Primeiro-Ministro e dos Ministros da Defesa Nacional e das Finanças.

b. O novo regime jurídico aprovado pelo Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro

O Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, veio estabelecer o regime jurídico dos contratos públicos nos domínios da defesa e da segurança, transpondo para o ordenamento jurídico nacional a Diretiva n.º 2009/81/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de determinados contratos de empreitada, contratos de fornecimento e contratos de serviços por autoridades ou entidades adjudicantes nos domínios da defesa e da segurança.

Deste modo, este diploma aplica-se à formação dos contratos nos domínios da defesa e da segurança que tenham por objeto: o fornecimento de equipamento militar, incluindo quaisquer partes, componentes e/ou elementos de ligação do mesmo; o fornecimento de equipamento sensível, incluindo quaisquer partes, componentes e ou elementos de ligação do mesmo; empreitadas de obras públicas, fornecimentos e serviços diretamente relacionados com os equipamentos acima referidos em relação a um ou a todos os elementos do seu ciclo de vida; empreitadas de obras públicas, fornecimentos e serviços para fins militares específicos, ou obras e serviços sensíveis¹⁶.

Nos termos da alínea a), do n.º 2 do artigo 5.º deste diploma o seu regime jurídico não é aplicável à formação dos “*contratos em relação aos quais a aplicação das suas regras obrigaria o Estado a facultar informações cuja divulgação considera contrária aos interesses essenciais da sua própria segurança, abrangidos pelo disposto no artigo 346.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*”¹⁷.

¹⁵ Ver n.º 3 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 33/99, de 5 de fevereiro.

¹⁶ Ver n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro.

¹⁷ Cumpre também referir que nos termos da alínea i), do n.º 4, do artigo 5.º do CCP, a parte II deste Código não é aplicável à formação dos contratos diretamente abrangidos pelo disposto no artigo 346.º do TFUE.



Estamos assim perante uma exceção à aplicação do regime jurídico da contratação pública nos domínios da defesa e da segurança. Esta exceção será analisada no capítulo seguinte.



3. A exceção do artigo 346.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

Nos capítulos anteriores foi feito um enquadramento desta matéria no âmbito das iniciativas ao nível comunitário, seguido de uma explanação do regime jurídico da contratação pública no setor da defesa no ordenamento jurídico nacional. No presente capítulo irá ser analisada a exceção do artigo 346.º do TFUE e a respetiva articulação com o regime jurídico acima referido.

A exceção acima mencionada constitui uma solução de compromisso que permitiu aos Estados-Membros aprofundarem o projeto europeu, sem receio de estarem a comprometer a respetiva liberdade de ação. É preciso não esquecer que, maioritariamente, a aquisição de material militar seguia critérios de exclusividade nacional.

Assim, os Estados-Membros comprometeram-se no Tratado com alguns princípios fundamentais inerentes ao projeto europeu, a saber: liberdade de circulação de pessoas, de bens, de serviços e de capitais. No entanto, estabeleceram algumas exceções para situações que pudessem colocar em causa interesses sensíveis inerentes ao seu país.

A exceção, objeto desta investigação, resulta essencialmente de um equilíbrio que decorre da ponderação entre os princípios fundamentais da UE e os interesses de soberania dos Estados-Membros.

Deste modo, na prática a aplicação da Diretiva n.º 2009/81/CE¹⁸ está sujeita às exceções previstas no TFUE, nomeadamente, as relativas à possibilidade de estabelecer restrições quantitativas às importações, exportações ou trânsito¹⁹, à possibilidade de estabelecer restrições à liberdade de estabelecimento²⁰, à possibilidade de estabelecer restrições à livre prestação de serviços²¹, e finalmente a exceção relativa à impossibilidade de obrigar um Estado-Membro a fornecer informações cuja divulgação considere contrária aos interesses essenciais da sua própria segurança prevista no artigo 346.º do TFUE.

Importa ainda clarificar que no âmbito desta diretiva, os Estados-Membros do Espaço Económico Europeu²² (EEE) não são considerados países terceiros.

¹⁸ Transposta para o nosso ordenamento jurídico pelo Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro.

¹⁹ Ver artigo 36.º do TFUE.

²⁰ Ver artigos 51.º e 52.º do TFUE.

²¹ Ver artigo 62.º do TFUE.

²² Inclui os 27 países da UE mais a Islândia, o Liechtenstein e a Noruega. O EEE resulta de uma convenção internacional entre os Estados-Membros da UE e os Estados-Membros da *European Free Trade Association*



Também importa referir que o comércio de armamento com países exteriores ao mercado interno da UE segue as regras da Organização Mundial do Comércio (OMC), designadamente, o *Agreement on Government Procurement*²³ (GPA) pelo que está fora da aplicação da diretiva.

É de salientar que a exceção do artigo 346.º do TFUE é a mais importante no domínio da contratação pública no setor da defesa, na medida em que permite ao Estado-Membro que a invoque adjudicar contratos sem ter de seguir os normativos aplicáveis, no caso nacional o Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro.

Iremos de seguida analisá-la em pormenor.

a. Os interesses essenciais de segurança dos Estados-Membros

A materialização desta exceção resulta em grande parte de uma importante construção jurisprudencial do TJUE que, de certa forma, vem trilhando o caminho que os Estados-Membros podem seguir.

Nos termos do acórdão do TJUE, de 30 de setembro de 2003, proferido no Processo n.º T-26/01 (*Fiocchi munizioni SpA* contra Comissão) a definição do que constitui um interesse essencial de segurança cabe exclusivamente ao respetivo Estado-Membro²⁴, ao abrigo das suas prerrogativas de soberania.

Este princípio também ficou consagrado no n.º 16 do preâmbulo da Diretiva n.º 2009/81/CE:

“Nos seus artigos (...) e 296.º [atual 346.º], o Tratado prevê exceções específicas à aplicação dos princípios que estabelece e, consequentemente, à aplicação do direito derivado dos mesmos. (...) Daí resulta, nomeadamente, que a adjudicação de contratos que se

(EFTA) com exceção da Suíça, no sentido de constituir um mercado integrado que respeite a livre circulação de bens, serviços, pessoas e capitais.

²³ Com interesse ver também o n.º 1, do artigo XXIII, do GPA (Acordo multilateral sobre contratos públicos) que prevê o seguinte:

“Article XXIII: Exceptions to the Agreement

1. Nothing in this Agreement shall be construed to prevent any Party from taking any action or not disclosing any information which it considers necessary for the protection of its essential security interests relating to the procurement of arms, ammunition or war materials, or to procurement indispensable for national security or for national defence purposes.”.

²⁴ Ver parágrafo 58.



enquadram no âmbito de aplicação da presente directiva podem desta ser isentos caso tal se justifique por razões de segurança pública ou seja necessário para a protecção dos interesses essenciais de segurança de um Estado-Membro. Tal pode suceder no caso de contratos tanto no domínio da defesa como da segurança que exijam requisitos de segurança de abastecimento de tal modo exigentes ou confidenciais e/ou importantes para a soberania nacional, que mesmo as disposições específicas da presente directiva não são suficientes para salvaguardar os interesses essenciais de segurança dos Estados-Membros, cuja definição é da exclusiva responsabilidade dos Estados-Membros.”.

Por sua vez, de acordo com abundante jurisprudência do TJUE²⁵, não chega aos Estados-Membros fazer uma simples referência a esses interesses essenciais de segurança.

Também, na delimitação do conceito de interesse essencial de segurança do Estado-Membro, não estão incluídos interesses de natureza económica ou industrial. Deste modo, atualmente um Estado-Membro não pode invocar razões que se prendam com as contrapartidas negociadas num determinado contrato, visando apoiar a sua economia ou o seu setor industrial, para justificar a colocação em causa de um interesse essencial de segurança, ao abrigo do artigo 346.º do TFUE (CE, 2006, p. 7).

Sendo certo que poderão existir razões de natureza geográfica ou histórica que influenciem diretamente os interesses de segurança dos Estados-Membros, a mera referência, não especificada e fundamentada, a estas razões, ou mesmo a outros motivos de natureza política ou relativos a alianças assumidas com outros Estados-Membros, não justifica cabalmente o recurso à exceção do artigo 346.º do TFUE (CE, 2006, p. 7).

Importa mencionar que a proteção do artigo 346.º do TFUE prende-se com interesses de segurança essenciais e não outros interesses de natureza secundária. Segundo a Comissão Europeia (2006, p. 8) “a formulação particularmente incisiva

²⁵ Ver Acórdãos do TJUE, de 15 de dezembro de 2009, proferidos nos Processos n.º C-284/05 (Comissão contra Finlândia), parágrafo 47; C-294/05 (Comissão contra Suécia), parágrafo 45; C-372/05 (Comissão contra Alemanha), parágrafo 70; C-387/05 (Comissão contra Itália), parágrafo 47; C-409/05 (Comissão contra Grécia), parágrafo 52; C-461/05 (Comissão contra Dinamarca), parágrafo 53 e C-239/06 (Comissão contra Itália), parágrafo 48.



(«essenciais») limita a possibilidade de isenção aos contratos que assumem a maior importância para a capacidade militar dos Estados-Membros.”.

Segundo a Comissão Europeia (2006, p. 8) cabe a cada Estado-Membro ponderar caso a caso a verificação dos requisitos exigidos e a respetiva aplicação da exceção. Assim, as entidades adjudicantes têm de determinar: qual o interesse essencial de segurança em causa, qual a ligação entre esse interesse e a decisão de adjudicação e justificar o porquê da não aplicação do regime jurídico respetivo para proteção desse interesse.

A este respeito importa esclarecer que a ligação acima referida tem de se estabelecer entre o respetivo interesse essencial de segurança e a decisão de contratar (e não de adjudicação). Pois, nos termos do n.º 1 do artigo 36.º do CCP “*o procedimento de formação de qualquer contrato inicia-se com a decisão de contratar, a qual cabe ao órgão competente para autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar, podendo essa decisão estar implícita nesta última.*”. Assim, é na decisão de contratar que se deve fundamentar o recurso a esta exceção.

Também, merece destaque o acórdão do TJUE, proferido no Processo n.º C-414/97 (Comissão contra Espanha), ao definir que este mecanismo tem um carácter excecional, que se destina apenas a casos precisos e que as medidas tomadas não podem ir além dos limites necessários para salvaguardar essas situações²⁶.

Por outro lado, segundo o acórdão do TJUE, proferido no Processo n.º C-239/06 (Comissão contra Itália), tal como as demais exceções do TFUE relativas a liberdades fundamentais, esta tem de ser interpretada de forma restritiva²⁷.

Ainda nos termos deste acórdão, se um determinado Estado-Membro quiser recorrer ao mecanismo do artigo 346.º do TFUE, para adjudicar um contrato sem seguir os respetivos procedimentos legais, tem de assegurar que as medidas adotadas são necessárias para proteger os interesses essenciais de segurança em causa²⁸.

²⁶ Ver parágrafo 22.

²⁷ Ver parágrafo 69. Também o acórdão do TJUE, de 16 de setembro de 1999, proferido no Processo n.º C-414/97 (Comissão contra Espanha) refere que as exceções previstas no Tratado (nas quais se inclui a do artigo 346.º) “*dizem respeito a determinadas hipóteses excecionais. Devido ao seu carácter limitado, estas disposições não podem ser objeto de interpretação extensiva.*”.

²⁸ Ver parágrafo 72.



Deste modo, o ónus da prova cabe ao Estado-Membro que invoca a exceção²⁹.

Assim, a decisão de recorrer ao mecanismo do artigo 346.º do TFUE depende de uma avaliação caso a caso, que tem de identificar os interesses em jogo, avaliar a necessidade das medidas a adotar, isto é, a não aplicação do respetivo regime jurídico, ter em conta o princípio da proporcionalidade e cingir-se a uma interpretação restrita desta norma.

Cumpra, também, referir o regime previsto no artigo 348.º do TFUE, para situações de utilização abusiva da exceção em análise:

“Se as medidas tomadas nos casos previstos nos artigos 346.º e 347.º tiverem por efeito falsear as condições de concorrência no mercado interno, a Comissão analisará com o Estado interessado as condições em que tais medidas podem ser adaptadas às disposições constantes dos Tratados. (...) a Comissão ou qualquer Estado-Membro podem recorrer directamente ao Tribunal de Justiça, se considerarem que outro Estado-Membro está a fazer utilização abusiva das faculdades previstas nos artigos 346.º e 347.º”.

Visa-se, assim, evitar que as medidas tomadas pelos Estados-Membros neste âmbito tenham por efeito falsear as condições de concorrência no mercado interno, concedendo legitimidade à Comissão Europeia e aos demais Estados-Membros para recorrerem diretamente para o TJUE.

Além disso, existe a proibição genérica de utilizar mecanismos legais que pudessem levar os sujeitos jurídicos a eximir-se à aplicação das normas comunitárias em matéria de contratação pública, com o objetivo de evitar uma verdadeira e sã concorrência na adjudicação dos contratos³⁰.

Não esquecer que de acordo com a jurisprudência do TJUE, os Estados-Membros não podem assumir obrigações ao abrigo do Direito Internacional que possam afetar as regras comunitárias³¹.

Importa também lembrar que os Estados-Membros devem fornecer à Comissão Europeia todas as informações solicitadas que sejam necessárias para aferir esta

²⁹ Ver o acórdão do TJUE, de 16 de setembro de 1999, proferido no Processo n.º C-414/97 (Comissão contra Espanha).

³⁰ Ver Acórdão do TJUE, proferido no Processo n.º C-480/06 (Comissão contra Alemanha), parágrafo 48.

³¹ Ver Acórdão do TJUE, proferido no Processo n.º C-22/70 (Comissão/Conselho), parágrafos 21 e 22.



exceção. Segundo o acórdão do TJUE, de 13 de julho de 2004, proferido no Processo n.º C-82/03 (Comissão contra Itália), os Estados-Membros estão obrigados a cooperar de boa-fé com a Comissão Europeia no âmbito do artigo 258.º do TFUE³², estando esta adstrita a um dever de sigilo relativamente às informações concedidas³³.

Em face do exposto, determinou-se que o Estado Português tem de justificar a não aplicação do regime jurídico da contratação pública no domínio da defesa com o fundamento na proteção de um interesse essencial de segurança pelo que **damos como validade a hipótese n.º 1.**

b. Os produtos incluídos na lista do Conselho, de 15 de abril de 1958

Relativamente à determinação do que se entende por “*produção ou comércio de armas, munições e material de guerra*” cumpre lembrar que o n.º 2 do artigo 346.º do TFUE faz referência a uma lista fixada pela Decisão do Conselho n.º 255/58, de 15 de abril³⁴. Esta lista está reproduzida no Anexo D.

No acórdão do TJUE, de 30 de setembro de 2003, proferido no Processo n.º T-26/01 (*Fiocchi munizioni SpA* contra Comissão) é referido que o âmbito de aplicação da alínea b) do n.º 1 do artigo 346.º do TFUE “*não se destina a ser aplicado a atividades relativas a produtos diferentes dos produtos militares identificados [naquela] lista*”.³⁵

Este acórdão refere ainda outra limitação que se prende com a natureza e finalidade estritamente militar dos bens em causa. Isto é, as aquisições de equipamento que não seja concebido, desenvolvido e produzido para fins especificamente militares não estão abrangidas por esta exceção³⁶.

³² O artigo 258.º do TFUE prevê o seguinte:

“*Se a Comissão considerar que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados, formulará um parecer fundamentado sobre o assunto, após ter dado a esse Estado oportunidade de apresentar as suas observações. Se o Estado em causa não proceder em conformidade com este parecer no prazo fixado pela Comissão, esta pode recorrer ao Tribunal de Justiça da União Europeia.*”.

³³ Ver parágrafo 15.

³⁴ Não confundir com a lista militar comum da UE, cuja última versão foi aprovada em anexo ao Decreto-Lei n.º 56/2013, de 19 de abril.

³⁵ Ver parágrafo 61.

³⁶ Ver parágrafos 59 e 61.



Outro alerta que tem de ser feito prende-se com o carácter automático da isenção de material militar. A prática dos Estados-Membros revelava que encaravam que a contratação pública do material militar incluído na lista era objeto de uma isenção automática, encarando o setor da defesa como um último reduto de soberania ao qual estavam vedadas as regras do mercado interno.

Também relativamente a este aspeto existe numerosa jurisprudência do TJUE a determinar claramente que este artigo não prevê uma isenção automática para o setor da defesa³⁷.

A expressão “*medidas que considerem necessárias à protecção...*” foi igualmente objeto de clarificação. O acima referido acórdão *Fiocchi munizioni SpA* contra Comissão refere que os Estados-Membros têm ampla discricionariedade na determinação da forma de proteger os interesses em causa³⁸. As medidas a adotar são aquelas que os Estados consideram necessárias, com a limitação da finalidade associada à adoção dessas medidas, a saber: a proteção dos interesses essenciais de segurança respetivos.

Outra limitação decorre de essas medidas não poderem alterar as condições de concorrência no mercado interno, relativamente a produtos não destinados a fins especificamente militares.

Outra questão que se coloca prende-se com o designado material de duplo uso, isto é, material suscetível de ser utilizado quer para fins militares, quer para fins civis.

A lista fixada pela Decisão do Conselho n.º 255/58, de 15 de abril, a que se refere o n.º 2 do artigo 346.º do TFUE descreve os produtos nela incluídos em 15 números. E o n.º 13 menciona “*outro equipamento e material*” o que poderia levar a que

³⁷ Ver acórdão do TJUE, de 26 de outubro de 1999, proferido no Processo n.º C-273/97 (*Angela Maria Sirdar* contra *The Army Board* e *Secretary of State for Defence*. - Pedido de decisão prejudicial: *Industrial Tribunal, Bury St Edmunds* - Reino Unido), parágrafo 15 e 16; acórdão do TJUE, de 11 de janeiro de 2000, proferido no Processo n.º C-285/98 (*Tanja Kreil* contra República Federal da Alemanha. - Pedido de decisão prejudicial: *Verwaltungsgericht Hannover* - Alemanha), parágrafo 16 e acórdão do TJUE, de 11 de março de 2003, proferido no Processo n.º C-186/01 (*Alexander Dory* contra *Bundesrepublik Deutschland*. - Pedido de decisão prejudicial: *Verwaltungsgericht Stuttgart* - Alemanha), parágrafo 30 e 31.

³⁸ Ver parágrafo 58.



se considerasse uma lista não taxativa. Contudo, em face da jurisprudência do TJUE³⁹ não pode ser essa a conclusão.

Para Rodrigues (2012, p. 1217) trata-se de uma lista taxativa e fechada de produtos, que compreende apenas equipamento de natureza e finalidade puramente militares, normalmente designado como material militar *stricto sensu*.

Segundo Koutrakos (2001, p. 186) “*the intention of the Council to exclude dual-use goods from the scope of article 296 (1) (b) is illustrated in a comparison between the article 296 (2) list and its main source of inspiration, namely the COCOM munitions list. The former is confined to armaments and war materials, whereas the latter included many dual-use goods. Had the Member States envisaged such an extensive list, they would have followed the list which they draw upon and hence would have included some dual-use goods expressly.*”⁴⁰

Também Bratanova (2004, p. 10) refere que esta exceção do TFUE não pode ser invocada no contexto dos bens de duplo uso.

Segundo o acórdão do TJUE, de 7 de junho de 2012, proferido no Processo n.º C-615/10 (*Insinööritoimisto InsTiimi Oy*. Pedido de decisão prejudicial: *Korkein hallinto-oikeus* - Finlândia) “*uma entidade adjudicante não pode invocar o artigo 296.º, n.º 1, alínea b), CE para justificar uma medida derrogatória por ocasião da compra de um material que tem uma aplicação civil indubitável e uma finalidade militar eventual*”.

Este acórdão continua referindo que: “*Por outro lado, mesmo que um produto pertença a uma ou a outra das categorias de materiais que figuram na lista do Conselho de 15 de abril de 1958, apenas se pode considerar que este, caso haja aplicações técnicas civis muito semelhantes, se destina a fins especificamente militares, na aceção do artigo 296.º CE, se tal uso for não apenas aquele que a entidade adjudicante lhe pretende conferir, mas também, (...) aquele que decorre de características próprias de um equipamento especialmente concebido, desenvolvido ou modificado substancialmente para esses fins.*”.

³⁹ Ver acórdão do TJUE, de 30 de setembro de 2003, proferido no Processo n.º T-26/01 (*Fiocchi munizioni SpA* contra Comissão).

⁴⁰ O COCOM foi estabelecido após a Segunda Guerra Mundial com o intuito de impedir a transferência de tecnologia militar para os países do Pacto de Varsóvia.



Deste modo, apenas os produtos constantes da lista e que em função das características próprias se destinam a fins especificamente militares podem ser invocados no âmbito desta exceção.

Em face do exposto, cumpre sintetizar que a lista de produtos a que se refere o n.º 2 do artigo 346.º do TFUE inclui material militar pelo que **damos como validada a hipótese n.º 2**. Ao invés, esta mesma lista não inclui material de duplo uso no âmbito da exceção do artigo 346.º do TFUE, pelo que **damos como não validada a hipótese n.º 3**.

Em resposta à **pergunta derivada n.º 1**, concluímos que, no âmbito do artigo 346.º do TFUE, o Estado Português tem de especificar o interesse essencial de segurança que pretende salvaguardar, bem como, demonstrar o nexo de causalidade existente entre esse interesse essencial de segurança e a decisão de contratar e ainda justificar o porquê da não aplicação do regime jurídico da contratação pública no domínio da defesa para proteção desse interesse.

Também verificámos que o ónus da prova recai sobre o Estado que invoca esta exceção. Este, além disso, tem de efetuar uma referência concreta ao interesse que pretende salvaguardar não bastando referências genéricas à história, à geografia, à política ou aos compromissos assumidos no quadro das alianças efetuadas.

Não obstante, a definição do que constitui um interesse essencial de segurança cabe exclusivamente ao Estado Português ao abrigo das suas prerrogativas de soberania.

Em resposta à **pergunta derivada n.º 2**, concluímos que, no âmbito desta exceção, os produtos incluídos na lista a que se refere o n.º 2 do artigo 346.º do TFUE são apenas os referentes a material militar, não se incluindo os referentes a material de duplo uso.

Nestes termos, **em resposta à pergunta de partida** concluímos que o Estado Português tem de:

- Especificar o interesse essencial de segurança que pretende salvaguardar;
- Demonstrar o nexo de causalidade existente entre esse interesse essencial de segurança e a decisão de contratar;
- Justificar o porquê da não aplicação do regime jurídico da contratação pública no domínio da defesa para proteção desse interesse;
- Apresentar provas relativamente aos requisitos desta exceção;



- Efetuar uma referência concreta ao interesse que pretende salvaguardar não bastando referências genéricas à história, à geografia, à política ou aos compromissos assumidos no quadro das alianças efetuadas;
- Definir o que constitui um interesse essencial de segurança ao abrigo das suas prerrogativas de soberania;
- Adotar as medidas que se revelem necessárias para proteger esses interesses, desde que estejam relacionadas com a produção ou o comércio de armas, munições e material de guerra (por referência à lista a que se refere o n.º 2 do artigo 346.º do TFUE, não se incluindo o material de duplo uso) e desde que essas medidas não alterem as condições de concorrência no mercado interno relativamente a produtos não destinados a fins especificamente militares.



Conclusões

A aprovação do CCP constituiu um momento reformador da contratação pública em Portugal, efetuando uma revogação da legislação relevante neste âmbito, com exceção do Decreto-Lei n.º 33/99, de 5 de fevereiro, que estabelecia o regime jurídico das aquisições no domínio de defesa.

Até 31 de dezembro de 2011 foi este o diploma que vigorou no ordenamento jurídico nacional, sendo substituído pelo Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, que estabeleceu o novo regime jurídico da contratação pública nos domínios da defesa e da segurança.

No presente trabalho analisámos a articulação entre este novo regime jurídico da contratação pública nos domínios da defesa e da segurança e a exceção prevista no artigo 346.º do TFUE.

Especificamente, determinou-se em que circunstâncias o Estado Português pode alegar o artigo 346.º do TFUE para se eximir à aplicação do regime jurídico da contratação pública nos domínios da defesa e da segurança. Esta disposição do Tratado prevê que qualquer Estado-Membro possa tomar as medidas que considerar necessárias para proteger os seus interesses essenciais de segurança e que estejam relacionadas com a produção ou o comércio de armas, munições e material de guerra.

Neste contexto, adotou-se a metodologia de investigação em ciências sociais proposta por Raymond Quivy e Luc Van Campenhoudt tendo sido formulada a seguinte pergunta de partida:

Em que medida o regime jurídico da contratação pública no domínio da defesa deve ser aplicável se colocar em causa os interesses essenciais de segurança do Estado Português?

Desta pergunta de partida decorreram as seguintes perguntas derivadas:

- **Pergunta derivada n.º 1** – *O Estado Português tem de justificar a não aplicação do regime jurídico da contratação pública no domínio da defesa com o fundamento na proteção do interesse essencial de segurança?*

- **Pergunta derivada n.º 2** – *Que tipos de produtos estão incluídos na lista a que se refere o n.º 2 do artigo 346.º do TFUE?*

O modelo de análise criado no âmbito desta investigação, apresentou um corpo conceptual, que tratou os conceitos de interesse essencial de segurança, de material militar e de duplo uso e estruturou estes conceitos através de dimensões e indicadores.

Para alcançar as respostas às questões enunciadas formulámos as seguintes hipóteses:



- **Hipótese n.º 1** – *O Estado Português tem de justificar a não aplicação do regime jurídico da contratação pública no domínio da defesa com o fundamento na proteção do interesse essencial de segurança.*

- **Hipótese n.º 2** – *A lista de produtos a que se refere o n.º 2 do artigo 346.º do TFUE inclui material militar.*

- **Hipótese n.º 3** – *A lista de produtos a que se refere o n.º 2 do artigo 346.º do TFUE inclui material de duplo uso.*

Para obter as necessárias respostas, fizemos a análise da legislação aplicável, da construção jurisprudencial existente e do aprofundamento efetuado por estudos doutrinários, chegando às seguintes soluções.

Em resposta à **pergunta derivada n.º 1** – “*O Estado Português tem de justificar a não aplicação do regime jurídico da contratação pública no domínio da defesa com o fundamento na proteção do interesse essencial de segurança?*” concluímos que, no âmbito do artigo 346.º do TFUE, o Estado Português tem de delimitar o interesse essencial de segurança que pretende salvaguardar, bem como, explicitar o nexo de causalidade existente entre esse interesse essencial de segurança e a decisão de contratar e ainda justificar o porquê da não aplicação do regime jurídico da contratação pública no domínio da defesa para proteção desse interesse.

Vimos ainda que o ónus da prova recai sobre o Estado que invoca esta exceção. Além disso, este tem de efetuar uma referência concreta ao interesse que pretende salvaguardar não bastando referências genéricas à história, à geografia, à política ou aos compromissos assumidos no quadro das alianças efetuadas.

Não obstante, a definição do que constitui um interesse essencial de segurança cabe exclusivamente ao Estado Português ao abrigo das suas prerrogativas de soberania.

Assim, **demos como validada a hipótese n.º 1.**

Nestes termos, foi respondida a primeira pergunta derivada.

Em resposta à **pergunta derivada n.º 2** – “*Que tipos de produtos estão incluídos na lista a que se refere o n.º 2 do artigo 346.º do TFUE?*” concluímos que, no âmbito desta exceção, os produtos incluídos na lista a que se refere o n.º 2 do artigo 346.º do TFUE são apenas os referentes a material militar.

Assim, **demos como validada a hipótese n.º 2.**

Finalmente, concluímos que no âmbito desta exceção, os produtos incluídos na lista a que se refere o n.º 2 do artigo 346.º do TFUE não incluem material de duplo uso.

Assim, **demos como não validada a hipótese n.º 3.**



Deste modo, os produtos incluídos na lista a que se refere o n.º 2 do artigo 346.º do TFUE são apenas os referentes a material militar, pelo que demos resposta à segunda pergunta derivada.

Nestes termos, **em resposta à pergunta de partida** concluímos que o Estado Português tem de:

- Especificar o interesse essencial de segurança que pretende salvaguardar;
- Demonstrar o nexo de causalidade existente entre esse interesse essencial de segurança e a decisão de contratar;
- Justificar o porquê da não aplicação do regime jurídico da contratação pública no domínio da defesa para proteção desse interesse;
- Apresentar provas relativamente aos requisitos desta exceção;
- Efetuar uma referência concreta ao interesse que pretende salvaguardar não bastando referências genéricas à história, à geografia, à política ou aos compromissos assumidos no quadro das alianças efetuadas;
- Definir o que constitui um interesse essencial de segurança ao abrigo das suas prerrogativas de soberania;
- Adotar as medidas que se revelem necessárias para proteger esses interesses, desde que estejam relacionadas com a produção ou o comércio de armas, munições e material de guerra (por referência à lista a que se refere o n.º 2 do artigo 346.º do TFUE, não se incluindo o material de duplo uso) e desde que essas medidas não alterem as condições de concorrência no mercado interno relativamente a produtos não destinados a fins especificamente militares.

Relativamente aos contributos do trabalho para o conhecimento, a investigação realizada permitiu demonstrar que existe a possibilidade do Estado Português se eximir à aplicação do regime jurídico da contratação pública nos domínios da defesa e da segurança desde que:

- Se comprove que a sua aplicação iria colocar em causa um interesse essencial de segurança do Estado Português;
- Se comprove que existe um nexo de causalidade entre esse interesse essencial de segurança do Estado Português e a decisão de contratar;
- Se comprove que as medidas necessárias a adotar protegem esse interesse essencial de segurança do Estado Português;
- Se comprove que essas medidas necessárias a adotar estão relacionadas com a produção ou o comércio de armas, munições e material de guerra (estando fora desta realidade material, os bens de duplo uso); e



- Se comprove que essas medidas necessárias a adotar não alteram as condições de concorrência no mercado interno relativamente a produtos não destinados a fins especificamente militares.

Deste modo, esta investigação constitui uma mais-valia para o conhecimento, na medida em que, através da análise jurídica efetuada neste trabalho de investigação foi possível elaborar um fluxograma contendo a sequência de operações para se verificar o cumprimento dos pressupostos e requisitos da exceção prevista no artigo 346.º do TFUE.

Cumprir ainda referir que, quer o Ministério da Defesa Nacional (MDN), quer as FFAA, quer ainda todas as empresas que atuam nesta área constituem-se como potenciais beneficiários deste estudo.

O MDN e as FFAA porque saberão em cada situação qual a melhor solução do ponto de vista jurídico, sem correrem o risco de incorrerem em decisões desconformes com a legalidade.

Por outro lado, as empresas que atuam nesta área saberão quando um Estado-Membro recorre de forma ilegítima à exceção prevista no artigo 346.º do TFUE pelo que poderão fazer valer-se dos instrumentos jurídicos disponíveis para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos.

A exceção prevista na disposição legal acima referida permite ao Estado-Membro afastar as regras do mercado interno que visam a livre circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais dentro da UE e proíbem qualquer discriminação em função da nacionalidade.

Desta forma, as empresas impedirão o Estado-Membro em questão de utilizar indevidamente esta exceção prevista no TFUE para fugir à abertura de procedimentos de contratação pública regulados por lei.

Por fim, os resultados produzidos através deste trabalho de investigação são válidos, não só para o Estado Português, como também para os demais Estados-Membros da UE.

Em face do exposto, recomenda-se ao Governo Português que aquando da tomada de decisão de se eximir à aplicação do regime jurídico da contratação pública nos domínios da defesa e da segurança, com fundamento no artigo 346.º do TFUE equacione se cumpre com todos os pressupostos e requisitos legalmente exigíveis, bem como, todas as limitações decorrentes da construção jurisprudencial do TJUE relativas a esta matéria.



Bibliografia

- Aalto, E *et al.*, 2008. Towards a European Defence Market. *Institute for Security Studies*, [Em linha] 113. Disponível em:

<http://www.iss.europa.eu/uploads/media/cp113.pdf>

[Consult. 02 Mar. 2013]

- Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 31 de março de 1971, proferido no Processo n.º C-22/70 (Comissão das Comunidades Europeias contra Conselho das Comunidades Europeias). [Em linha]. Disponível em:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61970CJ0022:PT:PDF>

[Consult. 12 Jan. 2013]

- Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 16 de setembro de 1999, proferido no Processo n.º C-414/97 (Comissão contra Espanha). [Em linha]. Disponível em:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61997CJ0414:PT:HTML>

[Consult. 12 Jan. 2013]

- Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 26 de outubro de 1999, proferido no Processo n.º C-273/97 (Angela Maria Sirdar contra The Army Board e Secretary of State for Defence. - Pedido de decisão prejudicial: Industrial Tribunal, Bury St Edmunds - Reino Unido). [Em linha]. Disponível em:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61997CJ0273:PT:HTML>

[Consult. 12 Jan. 2013]

- Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 11 de janeiro de 2000, proferido no Processo n.º C-285/98 (Tanja Kreil contra República Federal da Alemanha. - Pedido de decisão prejudicial: Verwaltungsgericht Hannover - Alemanha). [Em linha]. Disponível em:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998CJ0285:PT:HTML>

[Consult. 12 Jan. 2013]

- Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 11 de março de 2003, proferido no Processo n.º C-186/01 (Alexander Dory contra Bundesrepublik Deutschland. - Pedido de decisão prejudicial: Verwaltungsgericht Stuttgart - Alemanha). [Em linha]. Disponível em:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62001CJ0186:PT:HTML>

[Consult. 12 Jan. 2013]



- Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 30 de setembro de 2003, proferido no Processo n.º T-26/01 (Fiocchi munizioni SpA contra Comissão). [Em linha]. Disponível em:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62001TJ0026:PT:HTML>

[Consult. 12 Jan. 2013]

- Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 13 de julho de 2004, proferido no Processo n.º C-82/03 (Comissão das Comunidades Europeias contra República Italiana). [Em linha]. Disponível em:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003CJ0082:PT:HTML>

[Consult. 12 Jan. 2013]

- Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 9 de junho de 2009, proferido no Processo n.º C-480/06 (Comissão das Comunidades Europeias contra República Federal da Alemanha). [Em linha]. Disponível em:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006CJ0480:PT:HTML>

[Consult. 12 Jan. 2013]

- Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 15 de dezembro de 2009, proferido no Processo n.º C-239/06 (Comissão Europeia contra República Italiana). [Em linha]. Disponível em:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006CJ0239:PT:HTML>

[Consult. 12 Jan. 2013]

- Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 15 de dezembro de 2009, proferido no Processo n.º C-284/05 (Comissão Europeia contra República da Finlândia). [Em linha]. Disponível em:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005CJ0284:PT:HTML>

[Consult. 12 Jan. 2013]

- Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 15 de dezembro de 2009, proferido no Processo n.º C-294/05 (Comissão Europeia contra Reino da Suécia). [Em linha]. Disponível em:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005CJ0294:PT:HTML>

[Consult. 12 Jan. 2013]

- Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 15 de dezembro de 2009, proferido no Processo n.º C-372/05 (Comissão Europeia contra República Federal da Alemanha). [Em linha]. Disponível em:



<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005CJ0372:PT:HTML>

[Consult. 12 Jan. 2013]

- Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 15 de dezembro de 2009, proferido no Processo n.º C-387/05 (Comissão Europeia contra República Italiana). [Em linha]. Disponível em:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005CJ0387:PT:HTML>

[Consult. 12 Jan. 2013]

- Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 15 de dezembro de 2009, proferido no Processo n.º C-409/05 (Comissão Europeia contra República Helénica). [Em linha]. Disponível em:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005CJ0409:PT:HTML>

[Consult. 12 Jan. 2013]

- Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 15 de dezembro de 2009, proferido no Processo n.º C-461/05 (Comissão Europeia contra Reino da Dinamarca). [Em linha]. Disponível em:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005CJ0461:PT:HTML>

[Consult. 12 Jan. 2013]

- Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 7 de junho de 2012, proferido no Processo n.º C-615/10 (Insinööritoimisto InsTiimi Oy. Pedido de decisão prejudicial: Korkein hallinto-oikeus - Finlândia). [Em linha]. Disponível em:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CJ0615:PT:HTML>

[Consult. 12 Jan. 2013]

- Agência Europeia de Defesa (EDA), 2005. The code of conduct on defence procurement of the EU Member States participating in the European Defence Agency. [Em linha]. Disponível em:

<http://www.eda.europa.eu/docs/documents/CoC.pdf>

[Consult. 05 Jan. 2013]

- Assembleia da República, 2008a. *Aprova o Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, assinado em Lisboa em 13 de dezembro de 2007* (Resolução da Assembleia da República n.º 19/2008, de 19 de maio), Lisboa: Diário da República.



- Assembleia da República, 2008b. *Aprova o Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas e procede à primeira alteração ao Código dos Contratos Públicos* (Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro), Lisboa: Diário da República.
- Assembleia da República, 2010. *Estabelece a obrigatoriedade de pagamento de juros de mora pelo Estado pelo atraso no cumprimento de qualquer obrigação pecuniária e procede à terceira alteração ao Código dos Contratos Públicos* (Lei n.º 3/2010, de 27 de abril), Lisboa: Diário da República.
- Assembleia da República, 2011. *Aprova o Orçamento do Estado para 2012 e procede à sexta alteração ao Código dos Contratos Públicos* (Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro), Lisboa: Diário da República.
- Assembleia da República, 2011. *Simplifica os procedimentos aplicáveis à transmissão e à circulação de produtos relacionados com a defesa, transpõe as Diretivas n.º 2009/43/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de maio, e 2010/80/UE, da Comissão, de 22 de novembro, e revoga o Decreto-Lei n.º 436/91, de 8 de novembro* (Lei n.º 37/2011, de 22 de junho), Lisboa: Diário da República.
- Bratanova, E, 2004. In Legal Limits of the National Defence Privilege in the European Union. Overview of the recent European Court of Justice judgement on Art. 296 European Community Treaty and the new role of the Commission in armaments: A step towards a single market in armaments? *Bonn International Center for Conversion*, [Em linha] 34. Disponível em: http://www.bicc.de/uploads/tx_bicctools/paper34.pdf
[Consult. 02 Mar. 2013]
- Calleja-Crespo, D *et al.*, 2012. Defending European defence: The Commission's role. *European Commission – Bureau of European Policy Advisers, BEPA Monthly Brief*, [Em linha] 54. Disponível em: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/defence/task_force/article_defending_european_defence_en.pdf
[Consult. 02 Mar. 2013]
- Comissão Europeia (CE), 1996. Communication from the Commission - The challenges facing the European defence-related industry, a contribution for action at European level. [Em linha]. Disponível em: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/defence/com96-10_en.pdf
[Consult. 05 Jan. 2013]



-
- Comissão Europeia (CE), 1997. Communication from the Commission – Implementing European Union strategy on defence-related industries. [Em linha]. Disponível em:
http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/defence/com97-583-final_en.pdf
[Consult. 05 Jan. 2013]

 - Comissão Europeia (CE), 2003. Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões. Defesa Europeia - Questões ligadas à indústria e ao mercado. Para uma política comunitária em matéria de equipamento de defesa. [Em linha]. Disponível em:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0113:FIN:PT:PDF>
[Consult. 05 Jan. 2013]

 - Comissão Europeia (CE), 2004. Livro verde - Contratos públicos no sector da defesa. [Em linha]. Disponível em:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0608:FIN:PT:PDF>
[Consult. 05 Jan. 2013]

 - Comissão Europeia (CE), 2005. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on the results of the consultation launched by the Green Paper on Defence Procurement and on the future Commission initiatives. [Em linha]. Disponível em:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0626:FIN:EN:PDF>
[Consult. 05 Jan. 2013]

 - Comissão Europeia (CE), 2006. *Comunicação interpretativa sobre a aplicação do artigo 296.º do Tratado no âmbito dos contratos públicos no setor da defesa*. Bruxelas: Comissão Europeia.

 - Comissão Europeia (CE), 2007. Commission staff working document - Annex to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the coordination of procedures for the award of certain public works contracts, public supply contracts and public service contracts in the fields of defence and security. [Em linha]. Disponível em:
http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/defence/impact_assessment_en.pdf
[Consult. 05 Jan. 2013]

 - Comissão Europeia (CE), 2010. EU law and defence procurement. [Em linha]. Disponível em:
http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/defence/more_on_defence_procurement_en.pdf
[Consult. 05 Jan. 2013]



- Comissão Europeia (CE), 2011. High Level Conference on Defence and Security Industries and Markets – Summary of the discussions. [Em linha]. Disponível em:

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/defence/conference20110523/summary_en.pdf

[Consult. 05 Jan. 2013]

- Comissão Europeia (CE), 2012. *Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a transposição da Diretiva 2009/81/CE relativa aos contratos públicos nos domínios da defesa e da segurança*. Bruxelas: Comissão Europeia.

- Comissão Europeia - Directorate General Internal Market and Services, *s.d.*. Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of defence and security - Guidance Note - Field of application. [Em linha]. Disponível em:

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/defence/guide-scope_en.pdf

[Consult. 05 Jan. 2013]

- Comissão Europeia - Directorate General Internal Market and Services, *s.d.*. Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of defence and security - Guidance Note - Specific exclusions. [Em linha]. Disponível em:

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/defence/guide-exclusions_en.pdf

[Consult. 05 Jan. 2013]

- Comissão Europeia - Directorate General Internal Market and Services, 2011. *Opening up EU defence markets*. [Registo Vídeo em linha] Disponível em:

<http://www.youtube.com/watch?v=baNHRejDBas>

[Consult. 02 Mar. 2013]

- Conselho, 1958. *Lista de armas, munições e material de guerra* (Decisão do Conselho n.º 255/58, de 15 de abril). [Em linha]. Disponível em:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:364E:0085:0086:PT:PDF>

[Consult. 12 Jan. 2013]

- Convenção Europeia, 2004. *Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa*. [Em linha]. Disponível em:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:310:FULL:PT:PDF>

[Consult. 12 Jan. 2013]



-
- Estorninho, MJ, 2012. *Curso de Direito dos Contratos Públicos: Por uma contratação pública sustentável*. Lisboa: Almedina.
 - Koutrakos, P, 2001. *Trade, Foreign Policy and Defence in EU Constitutional Law: The Legal Regulation of Sanctions, Exports of Dual-use Goods and Armaments*. Oxford: Hart Publishing.
 - Ministério da Defesa Nacional, 1999. *Aprova o regime jurídico das aquisições no domínio de defesa abrangidas pelo artigo 223.º, n.º 1, alínea b), do Tratado de Roma* (Decreto-Lei n.º 33/99, de 5 de fevereiro), Lisboa: Diário da República.
 - Ministério da Defesa Nacional, 2006. *Aprova o Regime Jurídico das Contrapartidas* (Decreto-Lei n.º 154/2006, de 7 de agosto), Lisboa: Diário da República.
 - Ministério da Defesa Nacional, 2011a. *Aprova o regime jurídico da contratação pública nos domínios da defesa e da segurança, transpondo a Diretiva n.º 2009/81/CE, do Parlamento e do Conselho, de 13 de julho, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de determinados contratos de empreitada, contratos de fornecimento e contratos de serviços por autoridades ou entidades adjudicantes nos domínios da defesa e da segurança, e que altera as Diretivas n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE* (Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro), Lisboa: Diário da República.
 - Ministério da Defesa Nacional, 2011b. *Revoga o Decreto-Lei n.º 154/2006, de 7 de agosto, que estabelece o Regime Jurídico das Contrapartidas* (Decreto-Lei n.º 105/2011, de 6 de outubro), Lisboa: Diário da República.
 - Ministério da Defesa Nacional, 2012. *Dá nova redação ao anexo I da Lei n.º 37/2011, de 22 de junho, que simplifica os procedimentos aplicáveis à transmissão e à circulação de produtos relacionados com a defesa e transpõe a Diretiva n.º 2012/10/UE, da Comissão, de 22 de março de 2012* (Decreto-Lei n.º 153/2012, de 16 de julho), Lisboa: Diário da República.
 - Ministério da Defesa Nacional, 2013. *Transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2012/47/UE, da Comissão, de 14 de dezembro de 2012, que altera a Diretiva n.º 2009/43/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, no que respeita à lista de produtos relacionados com a defesa. Altera o anexo I à Lei n.º 37/2011, de 22 de junho, que simplifica os procedimentos aplicáveis à transmissão e à circulação de produtos relacionados com a defesa, nos termos da redação constante do anexo ao presente diploma*. (Decreto-Lei n.º 56/2013, de 19 de abril), Lisboa: Diário da República.



- Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, 2008. *Aprova o Código dos Contratos Públicos, que estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo* (Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro), Lisboa: Diário da República.
- Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, 2009. *Procede à segunda alteração ao Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, com vista a garantir a flexibilidade da sua aplicação às atividades de investigação e desenvolvimento em instituições científicas e de ensino superior* (Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de outubro), Lisboa: Diário da República.
- Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, 2010. *Introduz o mecanismo do anúncio voluntário de transparência, modifica o regime da invalidade de atos procedimentais de formação de contratos administrativos, clarifica a aplicação de regras do Código dos Contratos Públicos, procede à quinta alteração ao Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, e transpõe a Diretiva n.º 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro, que altera as Diretivas n.ºs 89/665/CEE, do Conselho, de 21 de dezembro, e 92/13/CEE, do Conselho, de 25 de fevereiro, no que diz respeito à melhoria da eficácia do recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos* (Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de dezembro), Lisboa: Diário da República.
- Ministério da Economia e do Emprego, 2012. *Procede à sétima alteração ao Código dos Contratos Públicos, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro* (Decreto-Lei n.º 149/2012 de 12 de julho), Lisboa: Diário da República.
- Ministérios da Defesa Nacional e da Administração Interna, 2012. *Aprova o modelo de dados estatísticos a remeter pelas entidades adjudicantes à Direção-Geral de Armamento e Infraestruturas de Defesa do Ministério da Defesa Nacional ou à Direção de Infraestruturas e Equipamentos do Ministério da Administração Interna, para cumprimento do disposto nos artigos 69º e 70º do Decreto-Lei nº 104/2011, de 6 de outubro* (Portaria n.º 42/2013, de 1 de fevereiro), Lisboa: Diário da República.
- Parlamento Europeu e Conselho, 2009. *Diretiva n.º 2009/81/CE relativa à coordenação dos processos de adjudicação de determinados contratos de empreitada, contratos de fornecimento e contratos de serviços por autoridades ou entidades adjudicantes nos domínios da defesa e da segurança, e que altera as Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE* (Diretiva n.º 2009/81/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009). [Em linha]. Disponível em:



<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:216:0076:0136:PT:PDF>

[Consult. 12 Jan. 2013]

- Presidência da República, 2008. *Ratifica o Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, assinado em Lisboa em 13 de Dezembro de 2007* (Decreto do Presidente da República n.º 31/2008, de 19 de maio), Lisboa: Diário da República.
- Presidência do Conselho de Ministros - Centro Jurídico, 2008. *Retifica o Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, do Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, que aprova o Código dos Contratos Públicos, publicado no Diário da República, 1.ª série, n.º 20, de 29 de janeiro de 2008* (Declaração de Retificação n.º 18-A/2008, de 28 de março), Lisboa: Diário da República.
- Presidência do Conselho de Ministros - Centro Jurídico, 2011. *Retifica o Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, do Ministério da Defesa Nacional, que aprova o regime jurídico da contratação pública nos domínios da defesa e da segurança, transpondo a Diretiva n.º 2009/81/CE, do Parlamento e do Conselho, de 13 de julho, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de determinados contratos de empreitada, contratos de fornecimento e contratos de serviços por autoridades ou entidades adjudicantes nos domínios da defesa e da segurança, e que altera as Diretivas n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, publicado no Diário da República, 1.ª série, n.º 192, de 6 de outubro de 2011* (Declaração de Retificação n.º 33-A/2011, de 5 de dezembro), Lisboa: Diário da República.
- Quadros, F, 2013. *Direito da União Europeia*. 3.ª Ed. Lisboa: Almedina.
- Quivy, R *et al.*, 1992. *Manual de investigação em ciências sociais*. Lisboa: Gradiva.
- Ramos, NA *et al.*, 2005. *Livro verde sobre os contratos na área da defesa: Relatório dos peritos nacionais*. s.l.: s. n..
- Rodrigues, NC, 2012. Comentário ao artigo 346.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. In: Porto, ML *et al.*, 2012. *Tratado de Lisboa: Anotado e Comentado*. Lisboa: Almedina.
- Silva, JA, 2010a. *Código dos Contratos Públicos: Comentado e Anotado*. 3.ª Ed. Lisboa: Almedina.
- Silva, JA, 2010b. *Dicionário dos Contratos Públicos*. Lisboa: Almedina.



Glossário

Interesse essencial de segurança – Valor fundamental e concreto de um Estado que se violado coloca em causa a respetiva soberania, independência, integridade, liberdade e coesão nacionais.

Material de duplo uso – Material suscetível de ser utilizado quer para fins militares, quer para fins civis.

Material militar – Material incluído na lista de armas, munições e material de guerra, aprovada pela Decisão do Conselho n.º 255/58, de 15 de abril.

Mercado interno – Espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados da União Europeia.



Anexo A – Procedimento metodológico (fases e etapas)

| FASES | ETAPAS |
|------------|--|
| RUTURA | 1.^a Etapa – <u>A pergunta de partida</u> Elaboração da pergunta de partida (clara, exequível e pertinente). Em que medida o regime jurídico da contratação pública no domínio da defesa deve ser aplicável se colocar em causa os interesses essenciais de segurança do Estado Português? |
| | 2.^a Etapa – <u>A exploração</u> Realização de leituras (seleção de textos, efetivação de leituras, resumos e comparações) e de entrevistas exploratórias necessárias para o estudo do tema. Leitura da legislação aplicável, da jurisprudência pertinente, bem como dos livros e artigos relativos ao objeto da investigação. Entrevistas exploratórias a juristas de reconhecido mérito e experiência de contratação pública no setor da defesa. |
| | 3.^a Etapa – <u>A problemática</u> Abordagem do problema tal como é perceptível pela pergunta de partida. |
| CONSTRUÇÃO | Subsunção do nosso trabalho num quadro teórico existente. Explicitação da problemática através da exposição dos conceitos fundamentais e da estrutura conceptual na qual repousam as proposições que elaboramos em resposta à pergunta de partida. A problemática está explanada na Introdução. |
| | 4.^a Etapa – <u>A construção do modelo de análise</u> Construção do modelo de análise composto por conceitos e hipóteses articulados entre si de forma coerente. A conceptualização consiste numa construção abstrata que visa aclarar a realidade. A elaboração de hipóteses consiste na formulação de proposições provisórias que necessitam de verificação através do confronto com os elementos disponibilizados pela observação. |



| | |
|-------------------------------------|---|
| CONSTRUÇÃO (cont.) | <p>Conceitos: Apresentados no Quadro Conceptual.</p> <p>Definições: Exibidas no Glossário.</p> <p>Perguntas derivadas: N.º 1 – O Estado Português tem de justificar a não aplicação do regime jurídico da contratação pública no domínio da defesa com o fundamento na proteção do interesse essencial de segurança? N.º 2 – Que tipos de produtos estão incluídos na lista a que se refere o n.º 2 do artigo 346.º do TFUE?</p> <p>Hipóteses: N.º 1 – O Estado Português tem de justificar a não aplicação do regime jurídico da contratação pública no domínio da defesa com o fundamento na proteção do interesse essencial de segurança. N.º 2 – A lista de produtos a que se refere o n.º 2 do artigo 346.º do TFUE inclui material militar. N.º 3 – A lista de produtos a que se refere o n.º 2 do artigo 346.º do TFUE inclui material de duplo uso.</p> |
| VERIFICAÇÃO | <p>5.ª Etapa – <u>A observação</u> Conjunto de atos que procedem ao confronto entre o modelo de análise e os elementos observáveis. Registo e catalogação da informação útil. Execução das operações de observação.</p> <p>6.ª Etapa – <u>A análise das informações</u> Tratamento da informação obtida através da observação. Realização da análise jurídica.</p> <p>7.ª Etapa – <u>As conclusões</u> Síntese composta por: - Uma retrospectiva do procedimento seguido (apresentação da pergunta de partida, características principais do modelo de análise, apresentação do campo de observação, dos métodos utilizados e das observações efetuadas e comparação com os resultados hipoteticamente esperados e observados);</p> |



| | |
|--------------------------------------|---|
| VERIFICAÇÃO (cont.) | <ul style="list-style-type: none">- Uma apresentação dos contributos da investigação para o conhecimento (novos conhecimentos relativos ao objeto de análise e novos conhecimentos teóricos); e- Uma elaboração de considerações de ordem prática e eventuais recomendações. <p>Elementos explicitados nas Conclusões.</p> |
|--------------------------------------|---|

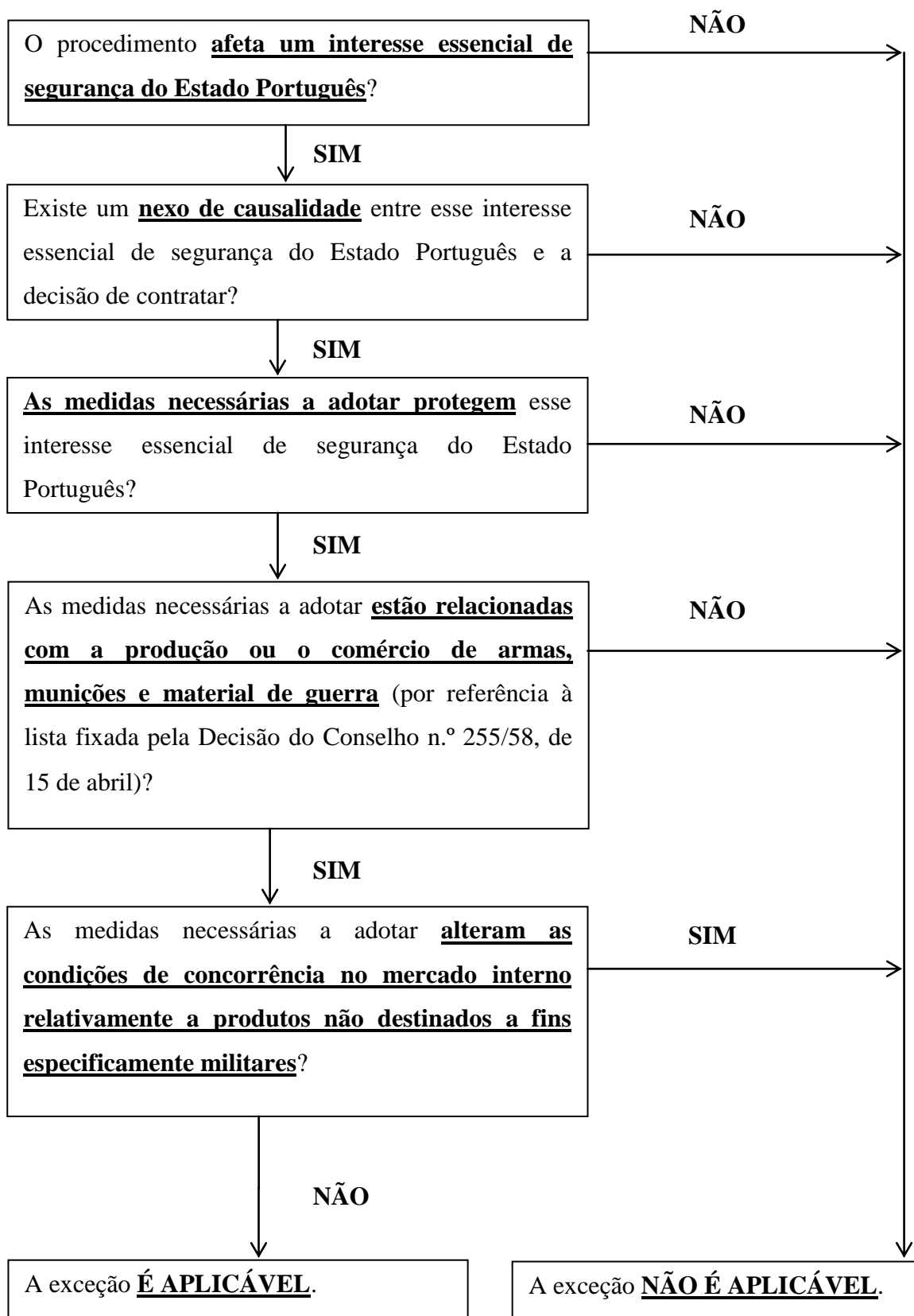


Anexo B – Quadro Conceptual

| <u>CONCEITOS</u> | <u>DIMENSÕES</u> | <u>INDICADORES</u> |
|-------------------------------------|-------------------------|--|
| - Interesse essencial de segurança. | - Soberania. | - Previsão legal / ausência de previsão legal. - Construção jurisprudencial. - Significação em estudos doutrinários. |
| - Material militar. | - Material ou objetiva. | - Previsão legal / ausência de previsão legal. - Construção jurisprudencial. - Significação em estudos doutrinários. |
| - Material de duplo uso. | - Material ou objetiva. | - Previsão legal / ausência de previsão legal. - Construção jurisprudencial. - Significação em estudos doutrinários. |



Anexo C – Fluxograma relativo à aplicação do artigo 346.º do TFUE





Anexo D – Lista fixada pela Decisão do Conselho n.º 255/58, de 15 de abril

1. Armas de fogo portáteis e automáticas, tais como espingardas, carabinas, revólveres, pistolas, pistolas-metralhadoras e metralhadoras, com exceção das armas de caça, pistolas e outras armas de pequeno calibre, com calibre inferior a 7 mm.
2. Material de artilharia e lança-fumos, lança-gases, lança-chamas, tais como:
 - a) canhões, obuses, morteiros, peças de artilharia, armas anti-carro, lança-foguetões, lança-chamas, canhões sem recuo;
 - b) material militar para lançamento de fumo e gases.
3. Munições destinadas às armas que constam dos n.ºs 1 e 2 supra.
4. Bombas, torpedos, foguetes e engenhos guiados:
 - a) bombas, torpedos, granadas, incluindo as granadas fumígenas, potes de fumo, foguetes, minas, engenhos guiados, granadas submarinas, bombas incendiárias;
 - b) aparelhos e dispositivos para uso militar, especialmente concebidos para a manutenção, ativação, despoletagem, detonação ou deteção dos artigos constantes da alínea a) supra.
5. Material de direção de tiro para uso militar:
 - a) calculadores de tiro e aparelhos de pontaria em infravermelhos e outro material para pontaria noturna;
 - b) telémetros, indicadores de posição, altímetros;
 - c) dispositivos de observação eletrónicos, giroscópicos, óticos e acústicos;
 - d) visores de pontaria e alças para canhão, periscópios para o material citado na presente lista.
6. Carros de combate e veículos especialmente concebidos para uso militar:
 - a) carros de combate;
 - b) veículos de tipo militar, couraçados ou blindados, incluindo os veículos anfíbios;
 - c) trens blindados;
 - d) veículos militares com meia-lagarta;
 - e) veículos militares para reparação dos carros de combate;
 - f) reboques especialmente concebidos para o transporte das munições enumeradas nos n.ºs 3 e 4.
7. Agentes tóxicos ou radioativos:



- a) agentes tóxicos biológicos ou químicos e agentes radioativos adaptados para produzir, em caso de guerra, efeitos destrutivos nas pessoas, nos animais ou nas colheitas;
 - b) material militar para a propagação, deteção e identificação das substâncias mencionadas na alínea a) supra;
 - c) material de proteção contra as substâncias enumeradas na alínea a) supra.
8. Pólvoras, explosivos e agentes de propulsão líquidos ou sólidos:
- a) pólvoras e agentes de propulsão líquidos ou sólidos especialmente concebidos e fabricados para o material mencionado nos n.ºs 3, 4 e 7 supra;
 - b) explosivos militares;
 - c) composições incendiárias e congelantes para uso militar.
9. Navios de guerra e seus equipamentos especializados:
- a) navios de guerra de qualquer tipo;
 - b) equipamentos especialmente concebidos para o lançamento, deteção e dragagem de minas;
 - c) redes submarinas.
10. Aeronaves e seus equipamentos para uso militar.
11. Material eletrónico para uso militar.
12. Aparelhos de observação ou registo de imagens especialmente concebidos para uso militar.
13. Outro equipamento e material.
14. Partes e peças especializadas do material constante da presente lista, desde que tenham carácter militar.
15. Máquinas, equipamento e ferramentas exclusivamente concebidas para o estudo, fabrico, ensaio e controlo das armas, munições e engenhos para uso exclusivamente militar constantes da presente lista.